

無償契約における責任制限法理の歴史的展開に 関する一考察

—ローマ契約法における責任制限法理としての利益原理を中心に—

Zur geschichtlichen Entwicklung der Haftungsbeschränkungs- prinzipien im unentgeltlichen Vertrag

:Utilitätsprinzip als Haftungsbeschränkungsprinzipien im
römischen Vertragsrecht

博士後期課程 民事法学専攻 2010年度入学

萩 原 基 裕

HAGIWARA Motohiro

【論文要旨】

本稿は、無償契約に関する問題につき、とくに責任制限法理を中心としてその根拠に関する歴史的考察を試みるものである。無償契約における責任制限法理をめぐるのは、①無償契約類型が法典上典型契約として規定されている意義は何か、②責任制限規定の根拠は何か、③履行を約束する債務者の意思の存在にも関わらず、履行結果が十分でないことに対する保護は必要なのか、④各契約類型について、諸外国法（とくにドイツ法およびフランス法）における規定態様に差異があるのはいかなる理由によってか、といった点が問題となる。本稿は、こうした問題点を明らかにするためのいわば前段階としての歴史的検討を試みる。中心的に扱う素材は、ローマ契約法における利益原理（Utilitätsprinzip）である。同原理はある契約から当事者双方が利益を得ているのか、あるいは片方のみが利益を受けているのかといった点に着目し、注意義務や帰責基準の程度を段階づけるという法理である。この利益原理を整理検討することで、責任制限法理をめぐる歴史的展開過程に関する研究の一端とする。

【キーワード】 責任制限、無償契約、利益原理、ローマ法、契約法

目次

I はじめに

一 問題の所在

二 本稿の射程

II 小史概観

III ローマ契約法における利益原理 (Utilitätsprinzip) の機能

一 利益原理について

二 使用貸借 (commodatum)

三 寄託 (depositum)

四 委任 (mandatum)

五 贈与 (donatio)

IV 総括と検討

一 総括

二 検討

V 結びにかえて

I はじめに

一 問題の所在

経済の発展過程において重要な役割を果たしてきたのは、主として有償契約であるといえよう⁽¹⁾。すなわち、ある給付と対価との交換を通じ各人が自らの欲するところのものを得、さらにその取得したものを利用しまたはさらなる交換のために用いることで経済活動が行われ、また発達してきたということはまず疑いをはさむ余地のない事実であろう。こうした給付と対価とのやりとりを行う当事者間では、合意を通じ、給付内容や給付時期、目的物の引渡し場所といった一定の約束事が交わされることが通常である。そこで、民法典では売買、賃貸借、雇用、請負といった有償契約類型についてそうした契約関係にある当事者が有している一定の権利義務を定めている。他方、物やサービスの給付あるいは提供と引き換えに対価を得るということのない行為類型も存在する。こうした行為はいわゆる無償行為・無償契約といわれる類型であり、有償契約と対比される。こうした無償契約についても民法典にいくつか規定がされているのであるが、勿論経済活動への貢献という意味では有償契約に比してその意義は乏しい。たしかに、経済取引と関わりのないいわゆる共同体生活内部において、親愛や情宜、あるいは社会的慣習により無償での給付がなされるというこ

⁽¹⁾ たとえば、売買について、「資本制社会における売買の重要性は、いうまでもなく、それが資本の再生産運動を媒介するものとして機能するところにある」とされる（広中俊雄『債権各論講義 第6版』（有斐閣、1994）43頁）。

とはよく見られる。しかし、ここで第一の疑問が生ずる。すなわち、社会生活上はよく見られる行為類型であるからとはいえ、そうした無償行為を契約法上典型契約の一類型として認定し、特別に規律する必要はあるのであろうか。経済活動にとって重要である有償契約と、一方で経済活動にはほとんど資することのない場合が多い無償契約とが同じように規定されている意義はどこにあるのであろうか。

他方、民法典における無償契約規定においてはこうした無償契約の事情を踏まえてか、契約の拘束力を緩和し、債務者（無償行為者）の責任を制限する趣旨の規定が見受けられる。たとえば、書面によらない場合の撤回権や任意解約権を認め、目的物の権利の不存在や瑕疵について原則として責任を負わず、または注意義務の程度を軽減している。こうした規定に無償契約規定の意義が認められるとも考えられる。こうした規定は、主として債務者の保護に資すると考えられる。すなわち、無償契約の締結原因が債務者の好意にあり、そして債務者が一方的に財産を失うだけであるので、そこには法的保護が必要となるとされる⁽²⁾。

しかし、立法者の考え方は少し異なっているように思える。贈与を例にすると、無償契約であっても一旦約束したことは遵守されるべきとされ、契約の成立自体には形式の要求はない。責任に関しても、場合によっては売買などよりも「重い」場合があり、とくにこれを軽減する必要はないとする⁽³⁾。ただし、贈与者が心変わりすることはあり得、また贈与者が場合によっては重大な損失を被るおそれがあるために十分考慮させる必要があることから、書面によらない場合の契約の拘束力を緩和し、また贈与の性質上当然のこととして、担保責任を軽減するとされている。他方、現在ではこうした無償行為者保護理論に対し、とくに契約の拘束力に関して異を唱える見解が見受けられる。たとえば、契約における債務負担の原因に応じて拘束力の強弱を判断すべきとする見解や、共同体関係内部の規範によって拘束力の判断を要求する見解、あるいはそもそも契約は守られるべき

⁽²⁾ 山本敬三『民法講義Ⅳ-1 契約』（有斐閣、2005）333頁参照。契約の拘束力一般に関しては、三ヶ月章「契約に於ける形式主義とその崩壊の史的研究（一）・（二）・（三）・（四・完）」法学協会雑誌64巻2号（1946）53頁以下、64巻5号（1946）54頁以下、64巻6号（1946）50頁以下、64巻11・12号（1946）58頁以下、玉田弘毅「契約の正当性と拘束力」学燈53巻7号（1956）42頁以下、石田喜久生「契約の拘束力」同『民法学事始』（成文堂、1985）88頁以下を参照。贈与契約における契約の拘束力に関しては、武尾和彦「無償契約論序説」法学論叢61巻6号（1989）99頁以下、大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣、1997）92頁以下、広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年』（有斐閣、1998）255頁以下（民法550条：池田清治）、吉田邦彦『契約法・医事法の関係の展開』（有斐閣、2003）226頁以下（初出「贈与法学の基礎理論と今日的課題（一）（四・完）」ジュリスト1181—1184号（2000））等を参照されたい。

⁽³⁾ 法典調査会『民法議事速記録9』（法務図書館、1981）294-296頁、297-298頁参照。立法者は受贈者のとるべき態度についても言及している。すなわち、拘束力に関しては「・・・書面ニ依ラナイモノハ兎ニ角贈与トシテ成立ツケレドモ其履行ノ完了ガアリマスルマデハ取消スコトガ出来ル殊ニ受贈者ニ於テモ決シテ苦情ヲ云フコトハデキヌ」とし、担保責任に関しては「・・・向フカラモ徳義上又通常ノ考ヘヨリ必ス代価ヲ払フト云フ時ニ於テハ其代価ニ相当シタモノヲ貰ウト云フ希望ハ正当ノ希望デアリマスレトモ唯タ貰ウ場合ニ於テハ夫レ丈ケノモノヲ貰ウト思フヘキノガ当リ前デアリマスルカラ・・・」とする。ここでは、債務者の責任を制限するとともに、債権者に対して自らの権利行使を控えること、あるいはその禁止、または権利の不存在を法典が要求するとしているとも考えられる。

という原則を厳格に適用する見解である⁽⁴⁾。このように無償契約法理の再構成に関しては、その拘束力をめぐる議論は盛んであるものの、無償行為者の責任制限に関する議論は低調である。「契約は守られるべき」という原則を厳格に無償契約にも適用するのであれば、目的物に瑕疵があればすなわち債務不履行であり、場合によっては担保責任を負うべきことも考えられる。また注意義務を軽減する必要もないのではなかろうか。ここで第二の疑問が生ずる。すなわち、無償契約法理の一つとして責任制限が定められているのはなぜかということである。このことは、契約の成立に一応は書面によれば完全な拘束力を付与するという配慮をしておきながらもなお責任に対する制限が認められるのはなぜかという疑問とも関連する。責任制限規定の根拠が問題とされるのであるが、これに関しては契約の拘束力を巡る議論も参考になると思われる。それはとくに、無償契約の原因である共同体の内的関係から無償契約それ自体を区別し、有償契約と対比されるべき契約として捉えるか、あるいは捨象されるべき共同体関係をむしろ積極的に法へ取り込んでいくのかといった議論である⁽⁵⁾。現在の学説では当事者の意思、契約の無償性、対価の不存在といった点を責任の制限理由であるとするのが一般的である⁽⁶⁾。

また諸外国法に目を向けると、同じく契約法中に典型契約としての無償契約が定められているものの、責任制限法理の現れ方に差異が見られる。すなわち、ドイツ法では贈与法、使用貸借法において帰責基準の故意または重過失への軽減と担保責任の不存在が定められており、フランス法では消費貸借契約および使用貸借契約に関して、目的物の瑕疵から生じた損害に対する貸主の賠償義務を原則制限している。また同法では委任契約に関し、契約が無償の場合は責任に関して有償の場合よりもより厳格でなく過失が判断されるとしている。英米法体系においては約款理論によりそもそも無償契約自体が有効な（強制可能な）契約とはされていない。契約法の歴史をさかのぼると、すでにローマ法においても現在にも通用している無償契約類型について、責任制限法理が妥当していたことが認められる。日本を含めた各法体系および各法典における無償契約は、その共通の淵源をローマ法に負っていることが一般に認識されているが、その一方で、責任制限法理の現れ方に差異があるのはなぜかという問題が生ずる。この問題は、各国独自の契約観念、無償行為に関する社会

⁽⁴⁾ 各見解については、山本・前掲注(2)334頁以下参照。なお、とくに贈与契約の類型とその拘束力を巡る比較法的検討に関わる比較的近時の文献として、小島奈津子『贈与契約の類型化』（信山社、2004）がある。

⁽⁵⁾ 広中俊雄「有償契約と無償契約」同『契約の理論と解釈』（創文社、1992〔初出1956年〕）34頁以下、大村敦志『基本民法Ⅱ 債権各論（第2版）』（有斐閣、2005〔初出2003年〕）167-169頁、山本・前掲注(2)335-336頁参照。

⁽⁶⁾ たとえば贈与に関しては、我妻栄『新訂 債権各論 中巻一』（岩波書店、1957）232頁。於保不二雄「無償契約の特質」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅰ（契約総論）』（有斐閣、1962）75頁以下、85-86頁、岡本詔治「無償契約という観念を今日論ずることには、どういう意義があるか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第五巻 契約の一般的課題』（日本評論社、1990）31頁以下、50頁参照。また寄託契約における注意義務軽減に関しては、来栖三郎『契約法』（有斐閣、1974）591-592頁参照（なお、来栖博士は委任と寄託における契約の有償無償による注意義務の区別の有無に関して、理由は明らかにできないが、自己の事柄と契約の目的（物）との関係性如何によるのではないかと推測されている）、山本・前掲注(2)742頁参照。

通念およびそうした無償契約の背後関係をどの程度法としてその内部へ取り込んでいるのかという問題に関わると思われる。

二 本稿の射程

以上の問題意識をまとめると次のようになる。すなわち、①無償契約類型が法典上典型契約として規定されている意義は何か、②責任制限規定の根拠は何か、③履行を約束する債務者の意思の存在にも関わらず、履行結果が十分でないことに対する保護は必要なのか、④各契約類型について、諸外国法（とくにドイツ法およびフランス法）との間でそれぞれ規定態様に差異があるのはいかなる理由によってか、といった点である⁽⁷⁾。先に指摘したように、無償契約と有償契約との差異を巡っては、旧来さまざまな論者により検討が試みられており、また契約の拘束力の緩和に関する先行研究も枚挙にいとまがない。しかし、責任制限という視点から無償契約一般を扱ったものはそれほど多くないように思われる。無償契約における責任制限法理の根拠については、古くはローマ法時代から債務者の責任を制限する法理があったことが認められる。すなわち、同法では契約において各当事者の得る利益を衡量し、それに応じて双方の責任の軽重を判断するという利益原理（Utilitätsprinzip）が存在した。この法理は、当事者の一方（債務者）のみが出捐を行うという無償契約類型⁽⁸⁾において、債権者の責任加重および債務者の責任軽減という機能をはたしていたという。無償契約における責任制限法理がどのような根拠をもって展開され、また各国法典において規定されるに至ったのかを歴史的に跡付けていくことが本検討課題にとって有用と思われる。そこで、本稿では、さしあたりローマ契約法上の無償契約における責任制限法理の展開を概観することで責任制限法理に関わる歴史的検討の一端としたい。研究全体では、ローマ法をはじめとする各古代法から近代法典編纂作業を通じて、どのように責任制限規定あるいは法理が法典化されていったのかを歴史的に検証し、また各主要法体系における法律状況を比較することも必要である。こうした作業の対象となるのは、およそ法律上有償・無償という契約の分類が存在する時代およびそこに存在する各国法典・法規範が対象となる。しかしながら紙幅の都合もあり、本稿ではさしあたり、契約法前史にあたる原始的社会における無償給付の実態に触れ、そのうえでローマ契約法における無償契約規範を参照するに止めたい。以下ではまず契約法前史への概観として古代社会における無償行為観念を概観する（Ⅱ）。次いでローマ契約法における無償契約類型と債務者の責任制限法理としての利益原理（Utilitätsprinzip）につきこれを整理したうえで（Ⅲ）、総括と若干の検討を展開する（Ⅳ）。

⁽⁷⁾ ドイツ法における無償契約の責任制限法理に関しては、拙稿「民法における責任制限法理の一考察—ドイツ法における無償行為者の責任制限法理の検討を中心に—（上）・（下）」法学研究論集33号・34号（2010・2011）205頁以下、335頁以下を、フランス法における無償契約の責任制限法理に関しては、比較法学会編『贈与の研究』（有斐閣、1958）141頁以下、160-162頁（フランス法：鈴木ハツヨ）を参照されたい。また、将来的な課題として、契約そのものの本質やそれに伴う有償契約と無償契約とのメルクマール、また任意規定としての典型契約規定の意味の検討といった課題を挙げることが出来よう。

⁽⁸⁾ ただし、ローマ法上契約に関してその有償無償が常に意識されていたわけではないとされる。吉野悟「ローマ法における『贈与原因』としての贈与（一）」法学雑誌12巻1号（1965）1頁以下、2-4頁参照。

II 小史概観

本稿は、無償契約法における責任制限法理の歴史的展開の一端として、ローマ契約法における利益原理を扱うことを目的とする。そのため、ある契約類型が法として形成される以前の状態、すなわち契約法前史は本来検討の射程から外れることとなる。しかし、責任制限法理を考察することにとってはそもそも契約（法）概念の理解も必要となってくる。そのため、本章ではいくつかの文献を参考にしながら契約法前史に関する小史を概観することとしたい。

広中俊雄教授はその著書である『契約とその法的保護』⁹⁾において、贈与が法的に無償の行為として確立される過程を論ぜられる。広中教授は前掲書第二章において、訴訟契約および贖罪契約の原初形態の析出、財貨交換の原初形態の析出およびその後の発展の簡単な跡づけ、贈与の原初形態の析出とそれが法的に無償の行為として確立されるまでの諸段階の簡単な検討という3つの課題を挙げ、これを逐次検討される¹⁰⁾。広中教授によれば、未開社会にあらわれた財貨交換の形式は4つであり、それぞれ「掠奪的交換」、「無言交換」、「義務的贈答」、「市場における物々交換」があったとされる¹¹⁾。このうち、掠奪的交換、無言交換、そして市場における物々交換は、対外的（対部族外的）交換の形態としてひとつの系列に属するものであり、他方義務的贈答は共同体的生活の行われている部族内で、氏族間家族間で支配的に行われていたことを指摘される¹²⁾。

そして贈与行為の原初形態としての「義務的贈答」に注目され、その歴史的な変貌過程を叙述される。義務的贈答の機能は①内部的財貨流通に奉仕しうるものであり¹³⁾、②贈与行為の寛裕さを通して人の社会的地位を決定する機能をもつとされる¹⁴⁾。そしてこのような義務的贈答を生み出した社会は、同時に各種の原生的な無償契約を生み出した社会でもあったとされる。すなわち「……人々の間には、利害の対立が存在しなかった。無利息消費貸借、使用貸借、無償寄託などの一切の無償契約の原生的形態は、このような社会で一そして、ウェーバーのいわゆる Brüder の間において一見出されるのであり、また、さきに述べたようなものとしての贈与も、そのような、『受け取った物をそのまま、あるいは、それと同種・同等・同量の物を返す』行為と、構造を同じくしてい

⁹⁾ 広中俊雄『契約とその法的保護（増補版）』（創文社、1987〔初出1974〕）。また、原始的社会および古代法における義務的贈答としての贈与を論ずるものとして、Marcel Mauss, *Essai sur le don*, PUF, 2007（邦語訳として有地亨訳＝マルセル・モース『贈与論（新装版）』（勁草書房、2008〔初出1962〕）がある）を参照されたい。

¹⁰⁾ 広中・前掲注(9)17-20頁。

¹¹⁾ 広中・前掲注(9)30-57頁。

¹²⁾ 広中・前掲注(9)61頁。

¹³⁾ 「そこでは、贈与は、いうまでもなく、無償のものとしてなされるのではない。それは、ちょっとみたところは無償であるが、しかし実は、お返しを伴うべきものとして『強制的・利己的』であり、贈物の中に含まれた贈与者の魂あるいは呪術的な力は、お返しがなされるまで執拗に受贈者を追求し、彼につきまとう」とされる（広中・前掲注(9)76頁）。

¹⁴⁾ 広中・前掲注(9)77頁。

るのである。そこでは個々の行為は、すべて単純に無償の行為のようにみえるであろう。その意味からすれば、無償の行為は共同体の内部に起源を有するといえるわけである。しかし、もし無償の行為を、一方がなんらかの財産的利益をえると同時に他方がなんらかの損失—絶対的あるいは相対的な—を蒙ることに終わるような行為だと考えるならば、そのような意味での無償の行為は今まで述べたかぎりでは存在しない⁹⁸⁾。このようにして、あるひとつの行為は、一方から見れば無償であるが他方からみれば有償的であるといえ、以上が氏族制社会の内部秩序の典型であり、無償契約の原生形態はすべてそこで見出されるとされる⁹⁹⁾。

そして最後に、広中教授は義務的贈答が社会の発展とともにどのように変貌していったのかを、ゲルマン古法・ゲルマン社会に注目し、久保正幡教授の研究を基にして論じられる¹⁰⁰⁾。義務的贈答(贈答的交換)は推測によれば、共同体的生活の行われる内部において内輪での財貨流通のために奉仕する機能を有していたが、商品交換の発展に伴い必然的に法の平面から退けられ、贈与は純粹に「好意」で行われるものとして取り扱われるようになっていったとされる¹⁰¹⁾。すなわち、まず同額報償義務を伴う義務的贈答は報償が少額になり、同義務の観念を法が採用しなくなる。第二に、法律上報償義務のない贈与が生成増加していく。第三に義務たる報償が給付されない場合でも、訴訟を提起せず、放置されるという事態が増加する。こういう過程をたどり、義務的贈答は機能上共同体的生活に関わるものとなり、中央権力が法的保護を与えるだけの価値を持たないものとなったとされる¹⁰²⁾。

Ⅲ ローマ契約法における利益原理 (Utilitätsprinzip) の機能

以上、広中教授の研究を参照し、簡単にではあるが現代の無償契約(とくに贈与)の原型が純粋な無償行為という意味での無償契約ではなかったこと、そして有償的要素が次第に薄れ、結局純粹に無償の行為として無償契約が法律上扱われるようになったことを概観した¹⁰³⁾。以下では、ローマ契約法において現代でも典型的契約類型として存在している使用貸借、寄託、委任、そして贈与について、いわゆる利益原理 (Utilitätsprinzip) が責任制限法理としてどのような根拠からいかなる機能を果たしていたのかを整理する。

⁹⁸⁾ 広中・前掲注(9)80頁。

⁹⁹⁾ 広中・前掲注(9)81頁。なお、共同体的生活内部でも純粹贈与(一方が財産上の絶対的損失を被るような贈与)は、最も内輪の関係にある二者間、すなわち夫婦あるいは親子間で行われていたことを証明する資料を用い、これを指摘される(同82-83頁)。

¹⁰⁰⁾ 広中・前掲注(9)84-90頁。

¹⁰¹⁾ 広中・前掲注(9)86頁。

¹⁰²⁾ 広中・前掲注(9)87-89頁。なお、これに関しては広中・前掲注(5)30-36頁も参照。要物契約の諾成化、無償行為の有償化に関しては、吉野悟『ローマ法とその社会』(近藤出版社、1976)203-206頁も参照。ローマ社会の展開過程に関しては、岡本詔治『無償利用契約の研究』(法律文化社、1989)25頁以下等、広中・前掲注(9)91頁以下参照。

一 利益原理について²⁰⁾

個別契約類型における利益原理の作用と機能を整理する前に、利益原理そのものに関して若干ふれておきたい。利益原理 (Utilitätsprinzip, principle of utility) とは、簡単にいえば当該契約に利益を有しそして現実利益を得ている者が誰であるのかという衡量を通じて各当事者の注意義務や帰責判断の際の有責性について段階を設けるといふ法理である²¹⁾。すなわち、①当該契約から両契約当事者双方が利益を得る場合と、②一方当事者のみが利益を得る場合とが考えられる。そして①の場合、両当事者の責任判断の際に要求される有責性の程度は同一 (悪意と過失) であり、②の場合、利益を受ける側の責任は加重され、そうでない側の責任は軽減される。

ローマ法の責任体系においては、帰責基準に関して現代知られている故意または過失 (あるいは重大な過失) よりも細分化された区別を有していた。すなわち、古典期においては悪意責任、過失責任、保管責任といった区分があった²²⁾。こうした責任の区分は契約類型によって定まるとされるが、そこで用いられた基準が利益原理である。当該契約から利益のみを享受する当事者の責任は重く、そして利益を享受しない当事者の責任は軽く考えられた。たとえば寄託契約において受寄者は当該契約に基づく利益を有しないので、悪意 (dolus) についてのみ責任を負い、一方で使用貸借契約においては借主のみが当該契約から利益を得るので、借主は保管責任 (custodia) を負うとされる²³⁾。そして古典後期においては利益原理がさらに練り上げられ、悪意責任と悪意および過失責任とを区別するために用いられ、ユ帝法においては、より軽い責任 (たとえば悪意および重大な

²⁰⁾ なお、川島武宜博士も商品交換の最古形態は「有償的贈与」に求められるべきとされるが、対価、すなわち給付の有償性はただ期待され、結果的に実現されるにすぎないものとされる。また、有償的贈与と現実的交換との間には客観構造および当事者心理においてひとつの飛躍的發展があると指摘される (川島武宜『債権法総論講義 第一』(有斐閣, 1949) 7頁注(2)参照)。これについては、広中・前掲注(9)19-20頁注(8)もまた参照されたい。

²¹⁾ 利益原理一般に関しては、Bernhard Kübler, Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht, Festgabe für Otto Gierke, Bd. 2, 1969, S. 235 ff.; ders., Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip, ZSS 38, 1917, S. 73 ff.; ders., Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen, ZSS 39, 1918, 172 ff.; Dietrich Nörr, Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht, ZSS 73, 1956, 68 ff. を参照されたい。また、石本雅男『無過失損害賠償責任原因論 〔第一巻〕』(法律文化社, 1983) 339頁以下も参照されたい。

²²⁾ 原田慶吉『ローマ法〔改訂〕オンデマンド版』(有斐閣, 2001〔初出1949〕) 166頁、瀧澤栄治訳=ゲオルグ・クリンゲンベルク『ローマ債権法講義』(大学教育出版, 2001) 93-94頁, Peter Apathy/Georg Klingenberg/Herwig Stiegler, Einführung in das römische Recht, 2. Aufl., 1998, S. 193, Max Kaser/Rolf Knütel, Römisches Privatrecht, 19. Aufl., 2008, S. 198 Rn. 20 (なお、邦語訳として柴田光蔵訳=マックス・カーザー『ローマ私法概説』(創文社, 1979) があるが、こちらは第10版に対する邦語訳である) 参照。

²³⁾ 柴田光蔵『ローマ法概説』(玄文社, 1980) 275頁、瀧澤=クリンゲンベルク・前掲注(2)90-92頁, Apathy/Klingenberg/Stiegler, a. a. O. (Fn. 22), S. 192 f., Kaser/Knütel, a. a. O. (Fn. 21), S. 196 Rn. 13 ff. なお、こうした責任区分は「・・・訴訟理論を理解しないビザンチン法学者はこれを整理し、段階化し、道義的主観的因子に重きを置いて、・・・ユ帝法、普通法的責任理論を組み立てたと考えられる」とされる (原田・前掲注(2)164頁)。

²⁴⁾ 瀧澤=クリンゲンベルク・前掲注(2)94頁。

過失のための責任」とより重い責任（たとえば保管責任）が区別されたという⁶⁹⁾。

このようにローマ法において、利益に従った責任の区分がなされていたことに関して、石本雅男博士は、ローマ古典期における責任の各段階づけ、すなわち過失の責任に関するグループと保管の責任に関するグループ、そして悪意の責任に関するグループとを統一的責任体系とする観点が「利益の帰属」であるとされる⁷⁰⁾。そしてこのように当事者の得る利益（博士は現実の利益そのものではなく、いわば客観的な債務関係に内在する構成条の当事者の地位ともいべき要素とされる）に従って責任区分が把握された理由を、公平の思想に求められている⁷¹⁾。

以上のように、ローマ法においてはその法発展段階において、責任の軽重を区別するために利益原理が用いられていたことが分かる。以下では、とくに現代にも存続し、無償契約として類型化されている各個別的契約に着目し、利益原理の機能態様を整理したい。

二 使用貸借 (commodatum)

使用貸借 (commodatum) とは、貸主がある物を無償で相手方（借主）に使用させる契約である⁷²⁾。各当事者には使用貸借に基づく訴権が与えられ、貸主には使用貸借直接訴権として物の返還や損害賠償請求訴権が、借主には費用償還や物により生じた損害の賠償責任が認められる。このように、使用貸借は貸主のみが一方的に出捐を行うため、利益原理による当事者の責任調整が行われる。すなわち、契約から一方的に利益を得る借主は重い責任（保管責任）を負い、契約から利益を得ない貸主は軽い責任（悪意責任）のみを負った⁷³⁾。

このように、借主は使用貸借から生じる反対訴権を有していたのであるが、とくに貸借目的物から生じた損害の賠償を請求するために、利益原理に従い貸主が損害の生じた原因（瑕疵）について悪意である必要があるとされた。これに関する例としては、中に入れられたワインあるいは油がだめになり、あるいはこぼれたため、貸借された容器が瑕疵あるものと証明された事例、家屋の一区

⁶⁹⁾ 瀧澤＝クリンゲンベルク・前掲注②94-95頁。なお、原田・前掲注②164-165頁、Kaser/Knütel, a. a. O. (Fn.22), S.200 Fn. 24, (柴田＝カーザー前掲注②296-299頁) も参照されたい。

⁷⁰⁾ 石本・前掲注①)350頁以下。

⁷¹⁾ 石本・前掲注①)351頁。石本博士は、「…古法以来責任原因はもともと広い意味における culpa であった。このような意味においては culpa は dolus も custodia ^(マ) おも内含する。だが思考がこの段階にとどまる限り責任の程度の段階は把握できないし、また把握する機縁もない。だが公平の思想が支配する限り、責任が実質的に唯一様であってよいとはいつの世にも到底考えられなかった。同一内容の責任であっても、帰責原因すなわちいかなる場合に帰責されるかという構成要件の差異、または同一の構成要件のもとでも責任内容の量の差ということが承認される余地があるべきだというのはあらゆる時代の公平の実現をめざす法の要求である」とされる。なお博士は、今日の近代的債務関係においては、ローマ法にいわゆる利益の帰属をあてはめても、必ずしも承認されるわけではないと指摘される（同・前掲注①)352頁）。

⁷²⁾ 瀧澤＝クリンゲンベルク・前掲注②178頁以下、Apathy/Klingenberger/Stiegler, a. a. O. (Fn. 22), S. 113, Kaser/Knütel, a. a. O. (Fn. 22), S. 215 Rn. 10 ff. (柴田＝カーザー前掲注②320-321頁) 参照。なおローマ法における使用貸借の社会的機能および展開に関しては、岡本詔治『不動産無償利用権の理論と裁判』（信山社、2001）21-24頁参照。

⁷³⁾ ただし、保管責任が存在していたのは古典期のみで、それ以降（とくにユ帝法）では過失理論に引き入れられ、「保管における過失」の有無で責任が定められたとされる（原田・前掲注②164-165頁）。

画を支えるために用いられた腐敗した木材の貸借に関わる事例が挙げられている⁶⁹。そこで挙げられる例において反対訴権が認められるためには貸主が当該瑕疵について悪意であることが要求されている。これについて、Zimmermann は以下のように述べる。すなわち、「・・・契約に利益を有し、そして契約から利益を得ていたのは借主であって貸主ではないので、貸主に厳格かつ広範囲の責任を受けさせることは合理的なことではなかったのであろう。したがって、貸主に要求される注意基準は借主のそれとは反対の関係にあった。つまりもっぱら利益原理に従っていた。故意 (scientia) の要求は、その他の文、たとえば Paul. D. 13, 6, 22⁶⁹における例においてもまた強調される。その例では、ある奴隷が貸借というかたちで引渡され、そしてそののち借主から何かあるものを盗んだ。もちろん、奴隷の所有者は過失のための責任を負う—所有者は窃盗訴権の下支払われるべきものを支払うか、あるいは奴隷を引渡すことができよう。しかし、これにくわえて借主は貸主に対して契約に基づく訴権を有したか。それは後者が、この特定の奴隷に窃盗癖があることを知っていた場合にのみそうである」⁷⁰。

⁶⁹ Kaser=Knütel が目的物の瑕疵事例に関して参照を指示するのは、Paul. D. 13, 6, 17, 3; eod. 22; Gai. eod. 18, 3 である。本文中、瑕疵ある容器の例は Gai. D. 13, 6, 18, 3: 「同様に容器が瑕疵あることを知ってこれを使用貸与した者は、その容器に注入されたブドウ酒或は油が腐敗したり流出したときには、この名義で有責判決されるべきである」(江南義之『学説彙纂』の日本語への翻訳(1))(信山社, 1992) 225頁、腐敗した資材の例は、Paul. D. 13, 6, 17, 3: 「・・・借家を支えるために君が建築用材を使用貸与し、次いでこれを君が引き出したとき、或は更に建築用材に瑕疵あることを知って君が使用貸与したときも規範は同一である。勿論我々は便益によって助けられるべきであり、欺かれるべきではないからである・・・」(江南・前掲224頁) である。Paul. D. 13, 6, 22 に関しては下記注⁷⁰参照。

⁷⁰ 「私が君に使用貸与した奴隷が盗を犯したときには、(君が奴隷の看護に対して何かを支出したときに、これが成立するように) 反使用貸借訴権で十分なのか、それとも盗訴訟が訴えられるべきであるのか問われる。無論使用貸借を懇願した者が盗に基づく加害者委付訴訟を持つことは疑いない。しかしながら奴隷がそのような者であることを知りながらその者が不知な者に使用貸与した際には、その者は反使用貸借訴訟によって拘束される」(江南・前掲注⁶⁹227頁)。

⁷¹ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligation*, 1992, at 202. また、次第に悪意のほかにも重大な瑕疵地がある場合も訴権を認めるようになったと指摘されているが、これは重大な過失が悪意に等しいと考えられるようになったためと思われる (Ulp. D. 11, 6, 1, 1: 「重過失は明らかに悪意に比肩される」(江南・前掲注⁶⁹104頁)。なお、Zimmermann は、そのために生ずるようになった使用貸借における責任制限と不法行為訴権との競合問題に関しても言及している。それによれば、「その後の時代では、貸主の責任は重大な過失へと拡大される傾向にあったが、しかしそれとは別に貸主の地位は現代法においても変わらなかった。貸主が故意に瑕疵ある目的物を引渡し、そのために損害が生じた場合、借主は通常契約に基づく訴権のみならず不法行為に基づく訴権をも有する。しかしながら不法行為(アクイリアス法)に基づく訴権は、悪意の事例に限定されるのではなく、過失ある貸主に対しても存在する。したがって、この事例において不法行為に基づく救済を認めることが、貸主の特権化された地位を重大に侵食し、そしてその契約責任におけるいかなる限定も、多かれ少なかれ意味のないものにしてしまうということは明白である。そのためこのような場面において要求される契約上の注意の程度は、不法行為に基づく訴権に対してもまた適用されるべきであると主張できよう。しかしまた一方では、契約によって禁じられていない事柄が、不法行為法の下では許されると一般に仮定することは本当に採用できるのか。不法行為法は、ある特定の(契約)関係が個々の事例において存在するかどうかに関わりなく、遵守されなければならない一般的義務を行為者に課している。ローマ法律家

三 寄託 (depositum)

寄託 (depositum) は、受寄者が目的物を無償で保管する合意のもと、寄託者が物を引渡すことによって成立する⁶³⁾。現在では有償寄託も存在するが、古典期のローマ法上寄託は無償でなければならない、有償で物の保管が合意されると、それは賃約 (locatio conductio) であった。ユ帝法においては有償の合意があり、当事者が寄託の意思を有する場合は受寄者の責任が増大するほかは寄託に関する法律が適用されたとされる⁶⁴⁾。受寄者は目的物の返還および損害が生じた場合に賠償を義務づけられた⁶⁵⁾。このとき、受寄者が責任を負うためには利益原理に従い受寄者が悪意である必要があったが、後にこの要件は重大な過失のある場合に拡大された⁶⁶⁾。これについては、たとえば Gai. D. 44, 7, 1, 5 は、「・・・しかしその者は更にもし懈怠で保管物を喪失したとしても、安全である。蓋し自己のためにはではなく、却ってこの者より受領した者のために受領したので、或るものを悪意で焼失した唯その点に於いてのみ拘束されるからである。逆に、懈怠の友人に保管物を委ねた者は、自己について嘆かなければならない故に、懈怠の名義で拘束されない。くにも拘らず、大きな懈怠は悪意の罪に落ちると定められた」と定める⁶⁷⁾。

以上のように、寄託における債務者としての受寄者の帰責基準は、利益原理に従い当初は悪意（そして後には重過失も）が基準とされたが、その後、いわゆる自己の物に対するのと同じの注意 (diligentia quam in suis) という基準の下、これに違反した場合問題となる資格づけられた過失 (qualifizierte culpa) の下でも責任を負うとされた。これについては、Cels. D. 16, 3, 32をめぐる古典期の議論が出发点として問題となるとされている⁶⁸⁾。それによれば、「ネルヴァがより重大な過失は悪意であると云ったことはプロクルスの気に入らなかったが、私にはきわめて正しいと思われ

がこのどちらの見解を採用していたのかは確定しえない」という (Id. at. 202-203)。契約法上の責任制限規定と不法行為責任との競合問題に関しては、さしあたり拙稿・前掲注(7)205頁以下、335頁以下を合わせて参照されたい。

⁶³⁾ 瀧澤＝クリンゲンベルク・前掲注②173頁以下, Apathy/Klingenberg/Stiegler, a. a. O. (Fn. 22), S. 114, Kaser/Knütel, a. a. O. (Fn. 21), S. 216-217 (柴田＝カーザー前掲注②321-323頁) 参照。

⁶⁴⁾ 原田・前掲注②180頁。

⁶⁵⁾ 責任の分化史に関わることであるが、受寄者の責任（目的物を返還しないこと）は当初十二表法上不法行為責任として把握されていたという。その後、法務官法および市民法上一定の方式的要件の下、契約上の責任としての返還義務違反が認められるに至ったとされる。柴田・前掲注②277頁、瀧澤＝クリンゲンベルク・前掲注②174-175頁, Kaser/Knütel, a. a. O. (Fn. 22), S. 216 Rn. 14, 16 (柴田＝カーザー前掲注②321-322頁)。

⁶⁶⁾ 柴田・前掲注②277頁、原田・前掲注②180頁、瀧澤＝クリンゲンベルク・前掲注②174頁, Apathy/Klingenberg/Stiegler, a. a. O. (Fn. 22), S. 114, Kaser/Knütel, a. a. O. (Fn. 22), S. 216 Rn. 17 (柴田＝カーザー前掲注②322頁)。

⁶⁷⁾ 江南義之『学説彙纂』の日本語への翻訳Ⅱ』（信山社、1992）513頁。あるいは、Ulp. D. 17, 1, 29:「・・・保証人は悪意によって振舞うと見られる（軽率な不注意は悪意に近いからである）。・・・」（江南・前掲注②386頁）、およびUlp. D. 11, 6, 1, 1（前掲注②参照）。

⁶⁸⁾ 江南・前掲注③356-357頁。Hans-Joachim Hoffmann, Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, 1968, S. 17も参照されたい。

る。何故ならたとえ或者が人間の本質の要求する程注意深くなくても、それにも拘らず寄託において自己の物にするのと同じような配慮を払うのであれば、違法がないわけではないからである。自己の物に注意義務を履行するよりも僅かしかその物に注意を払わなければ、信義が害されるからである」⁹³という。この *Celsus* に対して、*Kaser=Knütel* はこれを適切であるとしたうえで、以下のように述べる。「・・・すなわち、これは受寄者が寄託物について自己の物を扱う場合よりも不注意に扱ったという場合であると。というのも、寄託者は受寄者をまさにこの者が彼自身の物を扱うように、と考慮して選択したからである。たとえ受寄者がそれほどしっかりと自己の物を扱ってはいないとしても、寄託者は明らかに寄託者が寄託物に関して少なくともこの軽減された注意を用いるということを出発点としている。受寄者がこれを果たさない場合、これは非常な、きわめていい加減なことであり、そしてこのために信義に反することでもある。ここではしたがって重過失は『重大な過失』、すなわち特別にひどい過失の意味で理解されてはならない。重大な過失という固定的帰責基準を古典期法律家は知らなかったのではなく、非常に重大な過失（絶対最上級 *Elativ*）として知っていた」⁹⁴。受寄者が自己の物に対するよりも、寄託物をより不注意に扱う場合、受寄者は善意に反して（＝悪意で *dolus molo*）行為しているとされる⁹⁵。そしてこれに対する *Gaius* の見解として、*Zimmermann* は以下のように述べている。すなわち、「*Gaius* はこの考えを採用しなかったが、しかし明確に過失のための責任を除外した。これに関して、*Gaius* はある興味深い理由を提示した。・・・もし君が君の財産を友人に寄託する場合、君は彼をそのままに扱う必要がある。もし友人が不注意な者でありそしてしかるべくして君の財産を損失する場合、君はそれほどまでに無思慮な人物を信頼していたことに関して、自らを責めなければならない。君はもっと用心深く選択すべきであった。*Gaius* は、受寄者の悪意責任を正当化するためにこの主張を用いた」⁹⁶。

自己の物に対するのと同じの注意という基準は、現代では善良なる管理者の注意義務に対する緩和された注意基準であるという認識が一般的であるが⁹⁷、ローマ法上は、自己の物に関するのと同じの注意が適用される場合、責任の過重と責任の軽減という2つの側面を有していたとされる。すなわち、*Zimmermann* によれば、「もし債務者が自らの財産に対して示すのが通常であったのと同じの注意を示さなかった場合、このことは適切かつ誠実な行為と一致しているものとみなされることはほとんどあり得ないだろう。それゆえその受寄者は、たとえ事実上不正にふるまったかどうか、あるいは受寄者の作為あるいは不作為が、一般に重大な過失として資格づけられたかどうかに関わりなく、責任あるものとされた。他方で、しかしながら—そしてひとたび過失責任が契約関係において確立され始めるとより重要になったのであるが—自己の物に対するのと同じの注意は、責

⁹³ Zimmermann, *supra* note 32, at 210, *Kaser/Knütel*, a. a. O. (Fn. 22), S. 198 Rn. 21, S. 216 Rn. 17 (柴田＝カーザー前掲注②298-299頁, 322頁参照)。

⁹⁴ Vgl., *Kaser/Knütel*, a. a. O. (Fn. 22), S. 198 Rn. 21.

⁹⁵ Zimmermann, *supra* note 32, at 211.

⁹⁶ *Ibid.* また、これに関しては、本文の *Gai. D. 44, 7, 1, 5* もまた参照されたい。

⁹⁷ たとえば、我妻栄『債権各論 中巻二』（有斐閣、1962）714頁参照。

任の緩和を含むことと同一であるという事実が存在した。すなわち、債務者が一般に注意深い者でないならば、彼自身の財産ではなく、誰か他の者の財産に関わった限りでどのようにして、彼が最大限まで注意を高めることを期待しうのだろうか。結局、債権者は自分の債務者を選択し、もしふまじめな者を選択したならば、いかなる期待外れの結果に関しても自らを責める必要がある」⁶⁴⁾。

ユスティニアヌス帝の時代において、自己の物に対するのと同じの注意義務は、たとえば後見(tutela)、嫁資(dos)、共有(communio)の場合に適用されたとされる⁶⁵⁾。しかし、Zimmermannによればこの注意が寄託契約にも、また少なくとも一定の個別事例において適用されたかどうかは非常に争いがあるという。すなわち、受寄者は悪意(および重大な過失)のためにのみ責任を負ったということが全く明白であるということにかんしては、多くの資料が存在する。一方で、Cels. D. 16, 3, 32⁶⁶⁾との矛盾が存在するため、実際のところユスティニアヌス帝が受寄者の責任について悪意のみかあるいは重大な(資格づけられた)過失も基準としていたのかは明らかでない⁶⁷⁾とされる。この点、林信夫教授はローマ法における寄託者の注意義務の拡大を論ずるなかで、寄託者が重過失さらには過失について責めを負ったのかは争いがあるとされる⁶⁸⁾。そして、ディゲス

⁶⁴⁾ Zimmermann, *supra* note 32, at 211.

⁶⁵⁾ Zimmermann, *supra* note 32, at 211; Kaser/Knützel, a. a. O. (Fn. 22), S. 198 Rn. 21. なお、組合につき Gai. D. 17, 2, 72:「組合員は過失即ち無為且怠慢の名義で他の組合員によって拘束される。しかしながら過失は最も完全な注意義務に従って決定されるべきではない。自己の物に適用するのが常であると同じの注意義務を共有物に適用すれば充分だからである。蓋し注意力のとばしい組合員を自分のために取得した者は自分から嘆くべきであるからである」(江南・前掲注④426-427頁)、後見につき Ulp. D. 27, 3, 1:「後見人は、為すべきでないことを為したことすべてにつき、そして悪意、過失および自己の事柄について示す注意基準に適用することを為していないことにつき償うことを求められる」(Alan Watson, *The Digest of Justinian*, vol. 1, 1998)、嫁資につき Paul. D. 23, 3, 17:「嫁資に係る問題において、夫は詐欺と同様に過失についても責任を負う。なぜならば、夫は嫁資を自己の利益のために受け取ったからである。夫は、自己の事柄において示すのと同じの注意を果たさなければならない」(Id.), 共有につき Paul. D. 10, 2, 25, 16:「我々は共同相続人と契約しているのではなく、偶然彼と関係するに過ぎないから、相続財産に関する悪意のみならず過失についても共同相続人は責任を負うべきである。けれども彼が自己の相続人の利害で行動するのは無理ではないから、注意深い家父の注意義務を履行する必要はない。それ故彼には(他の相続人の為の)事務管理訴訟を実行する資格は与えられない。従って彼は自己の物について示すと同様の注意義務を履行すべきである。財産が二人の受遺者に遺贈される場合も同様である。何故ならこの二人を共有状態にしたのは同意によるよりもむしろ[偶然の]事情だからである」(江南・前掲注④48頁)。

⁶⁶⁾ 本文参照。

⁶⁷⁾ Zimmermann, *supra* note 32, at 212. ただし、ユスティニアヌス帝法学提要には、寄託において受寄者は悪意のためにのみ責任を負うという記述がある。Inst. 3, 14, 3:「……寄託物に付いては、汝は唯悪意のみの責任を負ふ。故に若し汝の過失又は不注意によりて、寄託物が悪化するも、汝に過失ありて、何人かに物が盗まれたるときと同じく、汝は責任を負ふことなかる可し。蓋し過失ある友人に、保管の為物を託する者は、自己の不明を責む可ければなり」(原田慶吉訳『法学提要希臘語義解邦訳』法学協会雑誌51巻別刷(1934)52頁参照)。しかし、末松謙澄博士は受託者は軽過失(culpa levis)の責任を負わないが、重過失(culpa lata)および悪意(dolus)の責任を負うとされる。そして上記 Inst. 3, 14, 3は的確ではないが、「重大な過失は悪意と同視される」との古語があるために、ユスティニアヌス帝は(本文中の過失を)軽過失の意味で述べたとされる(同『ユスチニアヌス帝欽定羅馬法学提要 訂正増補3版』(帝国学学院, 1916[初出1913] 356-357頁)。

タの4つの法文の検討を通じて、以下のように述べられる。すなわち、「・・・受寄者の注意義務の範囲に悪意が含まれることには争いがないとしても、『重過失』まで含むことには蓋然性があり、『過失』についてはそれが低くなる・・・」⁶⁴⁾。

三 委任 (mandatum)

委任 (mandatum) においては、受任者が委任者に対して、無償で事務を処理する義務を負う⁶⁵⁾。受任者は古典期では悪意の場合にのみ責任を負ったが、その後、とくにユスティニアヌス帝の時代では悪意および過失のために責任を負ったという。ただし、この場合の過失が抽象的過失であるのか重大な過失であるのか、引いては悪意の場合にのみ責任が認められたのかあるいは過失の場合にも責任が認められたのかにも争いが見られる⁶⁶⁾。Kaser=Knütel が参照を指示する Ulp. D. 17, 1, 8, 10は以下のとおりである。「それ故に君が奴隷を購入するように私が君に委任し、君が購入したときには、君は返還するように私に拘束されるであろう。しかし悪意によって購入することを君が怠ったとき（偶々金銭を受領したが、他の者が購入できるようにと君が他の者に譲歩したので）、又は重過失によるとき（偶々依怙毚戾に動かされて、他の者が購入するのを君が受認したとき）には、君は拘束されるであろう。然し君が購入した奴隷が逃亡するときにも、勿論君の悪意によるならば、君は拘束されるであろう。悪意が介在せず過失もないときには、そのほかに奴隷が君の権力中に帰すならば君が返還するであろうという担保を与える点を除けば、君は拘束されないであろう。しかし君が返還するときにも君は引渡もしなければならない。追奪について担保が与えられたとき、或は君に担保が与えられるように君が熱望することができるときでも、君がこの訴訟を私に譲歩するならば、それで充分であると私は思う。その結果君は私を私の事件を処理する委託事務管理人にすることになり、君が得るであろう以上のものを君に履行しなくともよい」⁶⁷⁾。また、Zim-

⁶⁴⁾ 林信夫「古代ローマ寄託法における若干の問題」鈴木禄弥＝徳本伸一編『財産法学の新展開』（有斐閣、1993）397頁以下。

⁶⁵⁾ 林・前掲注⁶⁴⁾412頁。なお、林教授はバシリカ法典の注解から、「・・・ユスティニアヌス帝期またはその後においてすら寄託における注意義務は悪意であることが明言されているのである。このことは、注意義務の程度がすでに『過失』にまで拡大されていたことよりも、むしろ悪意に限定されていたことを推測させるもののように思われる」とされる（同・前掲注⁶⁴⁾410頁）。林教授はまた、重過失が問題になる場合について、「・・・前述の一史料から受寄者がその責を負うことが推測されうが、このように受寄者の注意義務を拡大するケースがあったとすれば、その推進力になったのは金銭を客体として利息を付することすら可能とみなすヘレニズムの影響を受けた取引行為だったのではなからうか」とされる（同・前掲注⁶⁴⁾417頁）。

⁶⁶⁾ 原田・前掲注⁶⁴⁾198頁、瀧澤＝クリンゲンベルク・前掲注⁶⁴⁾255頁、Apathy/Klingenberg/Stiegler, a. a. O. (Fn. 22), S. 139 ff., Kaser/Knütel, a. a. O. (Fn. 22), S. 251 ff.（柴田＝カーザー前掲注⁶⁴⁾362-364頁）参照。

⁶⁷⁾ 柴田・前掲注⁶⁴⁾282頁、原田・前掲注⁶⁴⁾199頁、瀧澤＝クリンゲンベルク・前掲注⁶⁴⁾256頁、瀧澤栄治・梶島正法訳＝アラン・ワトソン『ローマ法と比較法』（信山社、2006）78頁（悪意とする）、Apathy/Klingenberg/Stiegler, a. a. O. (Fn. 22), S. 140（悪意あるいは重大な過失とする）、Kaser/Knütel, a. a. O. (Fn. 22), S. 253 Rn. 8（柴田＝カーザー前掲注⁶⁴⁾364頁、なお、Kaser=Knütel は、悪意あるいは少なくとも過失（ただしその過失が culpa lata か culpa levis かは不明としている））。

⁶⁸⁾ 江南・前掲注⁶⁴⁾373頁。

mermann も、Modestinus (「真の委任の訴においては、過失ではなく故意のみが引合いに出される」⁶³⁾ および Ulpian (D. 50, 17, 23:「委任、使用賃貸借、売買、質、雇用、賃貸借、嫁資、後見、事務管理は悪意および過失に関わる。そしてこれらのうちに、注意を含める。」⁶⁴⁾) を指摘し、受任者の負う責任について、悪意のみ、あるいは悪意および過失という2つの矛盾する記述が存在すると指摘する⁶⁵⁾。

この矛盾をどのように考えるかについて、Zimmermann は、古典期ローマ法における「過失 culpa」の用語法を引き合いに出す。Zimmermann はまず古典期における悪意責任からその後の悪意および過失のための責任へという変容は、後者について受任者の地位をより時代に適合したものにするための改ざん (interpolation) の結果であるとする⁶⁶⁾。そして古典期において過失 (culpa) という用語が厳密には定義されておらず、少なくとも2つの異なる方法で用いられていたとする。すなわち、「その過失は、過失に関する現代的観念、つまり善良な家父長が果たしたであろう注意を果たすことに失敗することに対する同等性をローマに (おおよそ) 与えた。しかし『過失 culpa』はまた一般的な誤りあるいは悪意を含む非難可能性をも表しうる。第一の意味において、過失は悪意を補完するものであって、第二の意味においては悪意を包含するものであった。もし第二の意味が採用されていたならば、『過失 culpa』という用語は、実際は悪意の場合を表した状況に用いられていたのだろう。したがって、受任者は悪意のために責任を負い、過失のためには責任を負わなかったという命題と、ある特定の受任者はその『過失 culpa』のために責任があると考えられたことの間の矛盾は必ずしも存在しないのである」⁶⁷⁾。

結局、いずれにせよユスティニアヌス帝の時代においては悪意および過失のために受任者が責めを負ったということは確実であると思われるが、これについて Schulz は以下のように論じている。すなわち、「ユスティニアヌス帝のもとでは、受任者は過失 (culpa) について責任を負ったが、古典期のように悪意 (dolus) についてだけ責任を負うことはなかった。これは思慮の足りない改革であった。受任者が無償でそのような重い責任を引き受けるなどということはほとんどありえなかったからである。……事実、過失責任は合理性がなく、正当なものとは言えない。古典期の法学者はまったく正しかったのである」⁶⁸⁾。

⁶³⁾ Coll. 10, 2, 3 (石本・前掲注④)341頁); Zimmermann, *supra* note 30, at 426.

⁶⁴⁾ Alan Watson, *The Digest of Justinian*, vol. 2, 1998.

⁶⁵⁾ Zimmermann, *supra* note 32, at 426. なお、委任における受任者の帰責基準に関する記述の矛盾や悪意責任、重大な過失のための責任から単なる過失責任への責任の拡大に関しては、Hoffmann, a. a. O. (Fn. 38), S. 21 f. も参照されたい。

⁶⁶⁾ Zimmermann, *supra* note 32, at 426.

⁶⁷⁾ Zimmermann, *supra* note 32, at 427.

⁶⁸⁾ Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, 1992, at 557-558. なお、本書の邦語訳として、佐藤篤士監訳「フリッツ・シュルツ『古典期ローマ私法』(I)-(K)」早稲田法学55巻1-58巻4号(1980-1984)、および塙浩『フリッツ・シュルツ『古典期ローマ私法要説』』(信山社、1992)があり、参考にした。

四 贈与 (donatio)

贈与 (donatio) は、一方当事者がその財産を減少し、他方当事者の財産が増加する無償の（対価のない）出捐行為である⁶⁹。古典期においては贈与としての無償出捐行為は、財産取得の原因でしかなく、ユスティニアヌス帝の時代において、ようやく贈与が契約（無方式合意）として認められたという。

上記3つの無償契約と同じように、贈与においても利益原理に基づく責任制限が作用すると想定されうるが、このことに言及するものは少ない。そんな中 *Savigny* は、その大著である『現代ローマ法体系』において贈与における責任制限法理の通用について触れている⁶⁹。*Savigny* は、贈与約束の特性のひとつとして、その物が滅失または損なわれるときは悪意および重過失についてのみ責任を負い、そして追奪や按察官訴権については悪意の場合にのみ責任を負うとする⁶⁹。ここで *Savigny* が参照を指示するディゲスタの法文を紹介したい。まず、悪意および重大な過失への責任制限に関しては、Ulp. D. 13, 6, 5, 2:「今や何が使用貸借訴訟の中に入るか悪意であるか過失であるのか、実にすべての危険であるかどうか観察すべきである。勿論契約においては我々は時には悪意のみを、時には過失も担保するが、寄託においては悪意を担保する。何故なら寄託された者の利益は何ら存在しないので、悪意だけが担保さえるのは当然だからである。但し報酬が付け加わる時（その場合には勅法で規定されているように過失も示されるから）または受寄者が過失と危険とを担保することを初めから約定するときはその限りでない。しかし、買入、賃貸、嫁資、質、組合におけるように、双方の利益がある場合には、悪意も過失も担保される」⁶⁹, Afr. D. 30, 1, 108, 12:「・・・そしてもし君が遺言のもとで何も受け取るものがない場合、彼は君が私に対してまさにその遺産における悪意のためにのみ責任があるだろうと考えた。しかし、これとは異なってまさに誠意契約におけるように、法は、もし契約が両当事者にとって利益のあるものであるならば、君は過失のためにもまた責任を負うというものであり、もし契約が一方当事者にとってのみ利益のあるものであるならば、君は悪意のためにのみ責任を負う」⁶⁹の参照を指示する。これら法文は、それぞれ使用貸借および遺贈・信託遺贈に関わるものであるが、*Savigny* はこれら法文が贈与にも適用されるとする⁶⁹。

⁶⁹ 柴田・前掲注②3283頁、原田・前掲注②213-214頁、*Apathy/Klingenberg/Stiegler*, a. a. O. (Fn. 22), S. 149 f., *Kaser/Knütel*, a. a. O. (Fn. 22), S. 259 f. (柴田=カーザー前掲注②374-375頁)。

⁶⁹ *Friedrich Carl von Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 4, 1841 (邦語訳として、小橋一郎訳『サヴィニー 現代ローマ法体系 第四巻』(成文堂, 2001) があり、参考にした)。なお、原田博士も「比較法上贈与の如き無償行為は一般に効力は薄弱であるが、ローマに於ても、・・・悪意の責任等に現れている」として、贈与に関しても責任制限が妥当していた旨を指摘されるが、具体的な法文を挙げられてはいない(原田・前掲注②214頁)。

⁶⁹ *Savigny*, a. a. O. (Fn. 60), S. 121 (小橋・前掲注⑥0114-115頁)。

⁶⁹ 江南・前掲注⑥0218頁参照。これら2つの法文は利益原理の原則を示すものと思われる。

⁶⁹ See, Watson, *supra* note 45; *Karl Eduard Otto/Bruno Schilling/Karl Friedrich Ferdinand Sintenis* (hrsg.), *Das Corpus Iuris Civilis*, Bd. 3, 1984, S. 272 f..

次に、按察官訴権に関しては、Ulp. D. 39, 5, 18, 3 : 「或者が私に他人の物を贈与し、私がそれを高額な出費^(ママ)を為したが、このように私に追奪されるときには、私は贈与者に対する如何なる訴訟も成立しないとラベオは述べる。贈与者が悪意でなしたときには、私が悪意についてその者に対して訴訟を持つことは明らかである」⁶⁴, Mod. D. 21, 1, 62 : 「最高造営官勅令は、贈与物に適用されないと言わなければならない；贈与者はいかなる対価も求められていない場合、何のために返還の約束をするのであろうか。しかし贈与の目的物が改良された場合、贈与者は、利益が改良された物の額に達したものととしてそれと同等の金額を要求されるだろうか。もちろんそうではない；贈与者はその寛大さのために罰せられるべきではない。したがって、贈与の場合、造営官が売買目的物に関して要求することを引き受けるための余地はない。もちろん、贈与者は悪意かつ故意で任意に与えたものの返還を要求すべきでなく、またそうすることはない」⁶⁵を指摘する。Savigny は、按察官訴権の場合、「・・・訴えでは売買代金が存在しないから売買契約におけるように売買代金の減額または返還などに向けられえないで、たとえば受贈者が自己の財産からその物に役立てたもの、したがってそれによりその者が贈与前よりも今もっと貧しくなるようなものの賠償にのみ向けられうる」とする⁶⁶。

また、利益原理と贈与の関係について以下のように述べる。すなわち、「・・・過失の理論において、bonae fidei である債務は、こういう私欲のない関係にある債務者はどの通常の過失についても責任を負うのではなくて、悪意およびこれと同じに評価されるものについてのみ責任を負うという重要な結果が、その概念に結びつくからである」⁶⁷。

IV 総括と私見

一 総括

以上、ローマ法を素材として、同法において存在した契約類型中、当事者の一方のみが利益を得る契約の場合の利益原理の機能の抽出を試みた。そこでは、契約に利益を有し、契約から利益を得る当事者の責任は重く、そしてそうでない当事者、すなわち契約に利益を有さず、一方的に出捐のみを行う当事者の責任は軽くするという原則が通用していた。

広中教授によれば、原始的社会、経済発達がそれほど進展してはいない共同体的社会では無償行

⁶⁴ Savigny, a. a. O. (Fn. 60), S. 121 Fn. (m) (小橋・前掲注⑥115頁注(m)).

⁶⁵ 江南・前掲注⑥181頁参照。

⁶⁶ See, Watson, *supra* note 45; Karl Eduard Otto/Bruno Schilling/Karl Friedrich Ferdinand Sintenis (hrsg.), Das Corpus Iuris Civilis, Bd. 2, 1984, S. 558 f..

⁶⁷ Savigny, a. a. O. (Fn. 60), S. 121 f. Fn. (n) (小橋・前掲注⑥115頁注(n)).

⁶⁸ Savigny, a. a. O. (Fn. 60), S. 9 f. (小橋・前掲注⑥15頁). なお、ここで Savigny は Ulp. D. 13, 6, 5, 2 および Afr. D. 30, 1, 108, 12 (本文15頁参照) の参照を指示する (Savigny, a. a. O. (Fn. 60), S. 10 Fn. (c)). Savigny は利益原理 (Utilitätsprinzip) という表現を直接には用いていないが、本文中の記述など (たとえば利益 utilitas という用語への言及) から、利益原理に基づいて贈与においても責任制限が機能すると考えていたと思われる。

為（とくに贈与）は以前相手方から受けた無償行為に対する返礼という意味を持ち、またそうしない者に対しては一定のサンクションが課されたという。つまり同社会において無償行為はむしろ義務（感）に基づくものであった。

こうした共同体的社会から一歩進み、商業取引の発達したローマ社会では、法律上無償行為（契約）には有償契約とは異なった規律が見られる。契約当事者双方が契約から利益を得る場合、各当事者の責任は等しく定められる。一方、当事者の一方のみしか利益を得ない契約の場合、出捐を行う者に対しては、古典期には悪意の場合にのみ責任を負い、後にユスティニアヌス帝の時代には悪意と重大な過失が同視されたことで悪意および重大な過失のために責任を負うとされた⁶⁹⁾。

使用貸借においては、契約が物の引渡しを成立要件とするため、貸主の義務は費用償還と目的物の瑕疵から生じた損害の賠償義務となる。このうち、後者に関しては利益原理に基づいて貸主が悪意の場合でなければ責任がないとされた。ディゲスタの法文中では、目的物の瑕疵に関して貸主が悪意責任を負う場面として、目的物の瑕疵のために契約に従った目的物の利用ができない場合（容器の瑕疵による内容物の腐敗・漏出、建築資材の瑕疵）と目的物の瑕疵のために債権者の財産に拡大損害が生ずる場合（窃盗癖のある奴隷による債権者財産の窃盗）が見受けられるが、双方とも悪意の場合にのみ責任があるとの記述にとどまっている⁷⁰⁾。

寄託では、悪意（または重大な過失）という基準のほかに、自己の物に対するのと同じの注意という基準が問題とされている。この基準は現代法典においても見受けられる（たとえば民法659条）。この注意に反することも重大な過失であり、責任を負うべきとされた。ここでもまた、悪意責任から自己の物に対するのと同じの注意義務違反による重大な過失の為の責任への責任の拡大が見受けられる。

委任は他の無償契約と比較するとき、独特の発展過程をたどっているといえる。当初、古典期においては一方当事者（委任者）のみが利益を得る契約として利益原理が適用されていた。しかし後に、ユスティニアヌス帝の時代においては、その他の無償契約においては利益原理が依然として通用している一方で、委任に関しては受任者の過失責任が承認される。これに関しては当初からすでに悪意責任か悪意および過失責任かという一見して矛盾する2つの法文が存在するとの指摘もあり、その正当化も試行されているが⁷¹⁾、結局ユスティニアヌス帝の時代には受任者は悪意および過失のために責任を負ったということが一般に認識され、ここに利益原理の例外事例が存在したことになる⁷²⁾。

贈与に関しては、古典期においてはそもそもその契約性が認められていなかったこと、そしてキ

⁶⁹⁾ Gai. D. 44, 7, 1, 5（本文参照）および Ulp. D. 17, 1, 29（前掲注⁶⁷⁾参照）。

⁷⁰⁾ 使用貸借における責任制限に関して、例えばドイツ法（BGB）では、目的物の瑕疵による利用の制限・不能に関しては同600条の問題とされ、拡大損害はそれ以外の規律（599条かあるいは契約責任または不法行為責任の一般原則）に服すると一般に考えられている。これについて詳しくは拙稿・前掲注(7)の各論文を参照されたい。

⁷¹⁾ たとえば、Zimmermann, *supra* note 32, at 426-427.

ンキウス法などによる金額制限、夫婦間の贈与制限、古典後期における撤回権の創設という特別な規律があった⁷³⁾という特筆すべき事情もあってか、その他の無償契約に比して責任制限に言及する文献は乏しい。そんな中、*Savigny*はいくつかの法文を指摘し、贈与契約においても利益原理に基づく責任制限が通用していたことを指摘する。ただし直接に贈与に関わる法文は *Ulp. D. 39, 5, 18, 3* および *Mod. D. 21, 1, 62* であり、双方とも按察官訴権（瑕疵担保責任）の原則不適用を表す。これは、法文中にもあるように売買との対比における対価の不存在からの制限を示すものであると考えられる。

二 検 討

以上の整理から、無償契約における責任制限規定の史的展開という観点から重要と思われるいくつかの点について、若干の指摘ないし検討を試みる。

第一に、ローマ契約法においていわゆる無償契約一般に利益原理という法理が働くことで、債務者の責任制限が通用していたということが史料から明らかである。そこで、やはり広中教授の指摘のように、無償契約は本来純粋な意味で一方の当事者のみが利益を得るという契約ではないが、法律の上では当該取引のみが抽出されることで一方のみが利益を得る契約とされ、それに配慮した規律が妥当していたということがわかる⁷⁴⁾。使用貸借や寄託、委任などといった対価を伴わない無償契約が一般に特定の人的関係（親族関係、友人関係）にある当事者間で行われていたと指摘されるように⁷⁵⁾、無償の契約といえども、実際には過去に受けた一方的給付に対するお返しであるとか、あるいは社会的慣習から義務付けられた相互的給付であることが多いと予測される。すなわち、当事者間では当該取引のみを取り出してみれば一方のみが利得を得、他方は財産を失うのみであったとしても、それはいわばお互い様であり、お互いの利得が等しくなるように給付が（同時にではなく）為されているということが考えられる。しかし、法律ではそうした背後にある事情がいわば無視されているといえよう⁷⁶⁾。

第二に、委任契約に注目できる。委任契約では当初古典期においてその他の無償契約類型と同様

⁷³⁾ 現代の日本民法および BGB でも、委任契約においてはとくに責任制限に関わる規定はない（任意解除という特別な解除権は認められている）。ただしフランス民法（Code Civil）1992条2項には、無償委任契約の場合の過失責任に際しては有償委任契約の場合よりも、より厳格でなく適用されると規定されている。

⁷⁴⁾ 原田・前掲注②214頁、瀧澤＝クリンゲンベルク・前掲注②293-294頁、*Apathy/Klingenberg/Stiegler*, a. a. O. (Fn. 22), S. 151 f., *Kaser/Knütel*, a. a. O. (Fn. 22), S. 262 Rn. 7 ff.（柴田＝カーザー前掲注②377-378頁）参照。

⁷⁵⁾ 広中・前掲注(5)35-36頁。無論、返礼的贈与や義務的贈与に現れているように、当事者間における特定の原因・動機に基づく無償行為が社会上行われなくなったというわけではないようである。贈与に関してではあるが、吉野・前掲注(8)論文および同「ローマ法における『贈与原因』としての贈与（二）・（三）」大阪市立大学法学雑誌12巻2号・13巻1号（1965・1966）60頁以下および70頁以下、林信夫『勅法彙纂』第四巻第二章第一七法文について一贈与「契約 contactus」との関わりにおいて一京都大学法学論叢160巻3・4号（2006）14頁以下、同『勅法彙纂』にみる贈与の機能変化」林信夫＝佐藤岩夫編『法の生成と民法の体系』（創文社、2006）115頁以下参照。

⁷⁶⁾ たとえば、岡本・前掲注①945頁以下参照。

に、利益原理に基づく受任者の責任制限が妥当していた。しかし、後にユスティニアヌス帝法では過失責任をも負うとされ、売買や賃約など有償契約の場合と扱いを等しくされている。この扱いを痛烈に批判する見解もあるが⁷⁹⁾、本来無償が原則である委任において、次第に対価（報酬）の支払いが暗黙に認められていき、いわばタテマエでは対価を要求しない高級労働でありながらホンネとしては対価を要求するといった実態と関連していると思われる⁸⁰⁾。対価が認められないからこそ利益原理が妥当していたが、後に対価が（暗黙にはあるが）認められたことで利益原理が通用しなくなっていったのだろうか⁸¹⁾。これを明らかにするためにはさらなる検討が必要であるが、いずれにせよ、最終的には対価が認められ、また責任制限も妥当しなくなったとうことは明らかであり、その他の無償契約類型とはすでにローマ法の発展過程において、債務者の責任制限を認めないいわば例外として袂を分かつていたことが指摘できる⁸²⁾。

第三に、贈与契約における責任制限の展開である。贈与は当初、現代におけるように契約の一類型とは認められておらず、ユスティニアヌス帝の時代に至ってようやく無方式合意のひとつとして債務を生じさせる契約と認められた⁸³⁾。そのため、ここに至って贈与もまた無償契約の一類型と認められたことになるが、利益原理に関する言及はあまり見られない。もちろん、*Savigny* の指摘するように、利益原理の原則を示す法文（Ulp. D. 13, 6, 5, 2）が贈与契約にも適用され得たことは想定できるが、これは贈与が契約として認められた時期が、ユスティニアヌス帝の時代になってからということと関連していると思われる。すなわち、贈与が財産の利得を正当化する原因でしかないのであれば、そこから一定の契約上の義務（たとえば使用貸借におけるような目的物の瑕疵のための損害賠償義務）が生じようはずもない。そのため、ディゲスタ中に贈与における利益原理の通用を示す記述が少ないと考えることもできる⁸⁴⁾。また、贈与における責任制限を直接に示す法文

⁷⁹⁾ 本稿の射程のみからでは必ずしも推断することはできないが、畢竟当事者間に存在する道義的・道徳的義務といったいわば「非法」領域における給付原因が法律からは切離されていたといえようか。

⁸⁰⁾ Schulz, *supra* note 58, at 557-558.

⁸¹⁾ 委任における報酬の問題に関しては、たとえば末松・前掲注(4)714-415頁、415頁注(197)、Schulz, *supra* note 58, at 555-556(塙・前掲注(6)718-719頁)、林信夫「ローマ委任法における無償性原理と『謝礼 honorarium』の存在（一）」専修法学論集62号（1994）27頁以下（未完）、林信夫「『学説彙纂』第五〇巻第一三章第一節について—ローマ委任法における無償性原理との関連で—」太田知行＝中村哲也編『民事法秩序の生成と展開』（創文社、1996）101頁以下参照、一木孝之「委任の無償性—その史的系譜（一）」早稲田大学法研論集89号（1999）、29頁以下、38-41頁参照。

⁸²⁾ 岡本教授は、受寄者の責任を例に、対価が約束されると culpa についても責を負うことになるが責任の加重が有償性と結び付くのはユ帝法に固有であるとされる（同・前掲注(4)296頁注(6)）。これに従うとすれば、委任におけるユ帝法での利益原理からの逸脱は対価の要求が認められていたためという仮説が証明されよう。

⁸³⁾ よって、責任制限の史的展開という観点からは委任契約における利益原理の適用とその例外についてさらに詳細にローマ法（史）を検討する価値があるといえようが、これについては将来の問題として提起するに止めたい。

⁸⁴⁾ 利得の原因から拘束力ある契約としての贈与の史的展開に関しては、前掲注(7)吉野論文および林論文参照。

⁸⁵⁾ ただし、ユスティニアヌス帝の法学提要においても、贈与の章において贈与者の責任制限に関わる記述は見当たらない（末松・前掲注(4)141頁以下参照）。

は按察官訴権に関するものであり、売買に関する規律の不適用を示すものである。贈与における責任制限は贈与が対価を伴わないという点が重視され、売買と同様にある目的物を相手方に引き渡すが、対価を受け取らないということで売買の規律になじまないとされたのであろうか。また、この点に、いわば過失責任あるいは悪意責任といった区別とは異なって、有償契約において認められる責任（訴権）の不適用という制限態様があったということになる。

V 結びに

本稿では、無償契約における責任制限法理の歴史的展開に関する考察という観点から、とくにローマ契約法に注目し、そこで通用し、無償契約において債務者にとって責任制限として作用する利益原理を取り上げた。利益原理は当該契約から利益を得る者の責任は重くし、そして利益を得ない者の責任は軽くするという法理であり、したがって当事者の一方のみが出捐を行う無償契約類型では、債務者の責任が一律に制限されていたことが明らかとなった。

しかし、すべての無償契約にローマ法史上一貫して利益原理が適用されていたというわけではない。その重要な例外のひとつが委任契約である。委任契約では受任者のみが委任された事務を遂行する義務を負い、そこから利益を得るのが委任者のみであるため、当初古典期においては利益原理が通用していた。しかし後に、ユスティニアヌス帝の時代には利益原理の適用が否定されるに至っている。この理由を解明するために委任についてさらに詳細に利益原理との関係を歴史的に跡付ける作業も必要であろう。また、岡本詔治教授も指摘されるように、いわゆるプレカリウムにおいては、使用貸借の借主の場合とは反対に、その借主の責任が制限されていたという点も利益原理の例外として興味深い問題である⁶⁹。

このようにローマ法においては無償契約における一般法理として利益原理による責任制限が存在していたが、この法理が後の法典へどのような影響を及ぼしたのか、あるいはどのように変容し、またはその他の法理と融合していったのか否かをさらに検討する必要がある。ローマ法に関しても、とくに先に挙げた制限法理の適用例外をなす委任やプレカリウムを個別具体的に検討していくことも重要な課題ではあるが、さしあたっては普通法を通じたドイツ民法典（BGB）制定過程における無償契約における責任制限法理の史的展開を今後の課題としたい。

以上、無償契約における責任制限法理のさらなる歴史的展開をたどっていくことを今後の課題として確認しつつ、ひとまず拙稿を閉じることとする。

⁶⁹ プレカリウムにおける借主の責任がなぜ制限されていたかに関しては、岡本・前掲注(9)306-310頁参照。